Macht ein Verstoß gegen die guten Sitten die Einwilligung des Verletzten in eine Körperverletzung nach geltendem Recht unwirksam?

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

FRITZ KOBER
Gerichtsreferendar.

1932.

DRUCKEREI SCHATZKY, BRESLAU 5, NEUE GRAUPENSTRASSE 7

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Nagler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 7

1. Abschnitt: Der Stand der Meinungen nach dem geltenden Recht 8

2. Abschnitt: Macht ein Verstoß gegen die guten Sitten die Einwilligung des Verletzten in eine Körperverletzung nach geltendem Recht unwirksam? 15

I. Die Rechtsgeschäftstheorie Zitelmanns 16

II. Die Ansicht des Reichsgerichts . . . 19

III. Der Zweck in seiner Bedeutung für die Einwilligung 26

IV. Eigene Stellungnahme 27

3. Abschnitt: Die Stellung der Reichstagsvorlage von 1927 zu unserer Frage 30

Literaturverzeichnis.

Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl., 1922.
— Lehrb. des Gem. Dt. Rechts, Bd. I, 2. Aufl., 1902.

Binding: Handbuch des Strafrechts. 1. Bd. 1885.
— Die Normen und ihre Übertretung. 1890.

Bohne: In Juristischer Wochenschrift 1928, S. 2229 ff.

Breithaupt: Volenti non fit iniuria. Berlin 1891.

Bühring: Die rechtliche Bedeutung der Einwilligung des Verletzten bei der Körperverletzung nach geltendem Deutschen Strafrecht. 1920.

Creifelds: Wird bei einem Verstoß gegen die guten Sitten die Einwilligung im Strafrecht irrelevant? Breslau 1929.

Graf zu Dohna: Die Rechtswidrigkeit als allgemeines Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. 1905.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Das Reichsstrafgesetzbuch. 2. Aufl., 1922.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 15. Aufl., 1924.

Finger: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Berlin 1904.

Gerland: Selbstverletzung und Verletzung des Einwilligenden in „Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts". 1908, Allg. Teil, Bd. II, S. 487 ff.

Hälschner: Das gemeine Deutsche Strafrecht 1881.

Hartwig: Die Körperverletzung des Einwilligenden nach dem Strafgesetzbuch in Gerichtssaal, Bd. 82, S. 301 ff., und Gerichtssaal, Bd. 83, S. 27 ff.

Holer: Die Einwilligung des Verletzten. Diss. Zürich 1906.

Hold von Ferneck: Die Rechtswidrigkeit. Jena 1903.

Honig: Die Einwilligung des Verletzten. Teil I. 1919.

Holtzendorff: Handbuch des Deutschen Strafrechts. Bd. II u. III. 1874.

Kessler: Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung. 1884.

Kiehl: Die Einwilligung eines Minderjährigen nach dem geltenden Strafrecht in Goltdammer, Archiv Bd. 54, S. 357 ff.

Klee: Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden. Goltdammer, Archiv Bd. 48, S. 177 ff.

Köhler: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1917.

Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1927.

M. E. Mayer: Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1923.

Mannheimer: Die Einwilligung in eine Körperverletzung. Diss. Heidelberg 1911.

Mezger: Die subjektiven Unrechtselemente. Gerichtssaal 89, 207 ff.

Nagler: Ist die Schlägermensur als Zweikampf strafbar? Gerichtssaal 94, 72 ff.

— Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit in Bindings Festschrift, Teil II, Leipzig 1911.

Oelze: Die Einwilligung des Verletzten. Diss. Leipzig 1914.

Olshausen, von: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl., 1927.

Oppenhoff-Delius: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl., 1901.

Oertmann: „Sittenwidrige Handlungen" in Deutsche Juristenzeitung 1903, Sp. 325 ff.

Pfersdorff: Die Einwilligung des Verletzten als Strafausschließungsgrund. Diss. Straßburg 1897.

Sauer: Grundlagen des Strafrechts 1921.

Schoetensack: Die Arten der Rechtssätze im Gerichtssaal 83, S. 1 ff.

Schütze: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1878.

Traeger: Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafgesetzbuch im Gerichtssaal Bd. 94, S. 112 ff.

Wachenfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1914.

Zitelmann: Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit. Arch. ziv. Pr. Bd. 99, S. 1 ff., 1906.

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung. 1927.

Zusammenstellung des Entwurfes eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches mit Beschlüssen des 21. Ausschusses in 1. Lesung.

Zusammenstellung der Drucksachen der 3. Wahlperiode mit den Beschlüssen des 21. Ausschusses in 1. Lesung, 1. Buch, besonderer Teil, 18. und 19. Abschnitt.

Einleitung.

Schon seit altersher hat man der Frage nach der rechtlichen Bedeutung der Einwilligung des Verletzten das größte Interesse entgegengebracht. Selbstverständlich ist die Beantwortung, die sie gefunden hat, im Laufe der Jahrhunderte eine verschiedenartige gewesen. Ebenso lebhaft wie früher ist aber bis auf die heutige Zeit der Meinungsaustausch geblieben, ohne daß man sich auf einer Linie hat treffen können. Maßgebend ist dafür die Vielseitigkeit des Problems mit Rücksicht auf die verschiedenen Deliktsformen, aber sicherlich auch die Tatsache, daß das Gesetz nur sehr wenige Anhaltspunkte für eine zweifelsfreie Erkenntnis gegeben hat.

Besonders heftig hat der Kampf um die Frage der Wirksamkeit der Einwilligung des Verletzten in die Körperverletzung getobt, was bei der großen praktischen Bedeutung dieses Problems für die Körperverletzung nicht weiter wundernehmen kann. Drei Hauptmeinungen haben sich im Laufe der Zeit gebildet, ohne daß man auch nur eine als herrschend anerkannte bezeichnen könnte. Im folgenden soll zunächst kurz zu diesen Ansichten Stellung genommen werden.

1. Abschnitt.

Der Stand der Meinungen nach dem geltenden Recht.

I.

Im allgemeinen Teil unseres Strafgesetzbuches ist eine positive Bestimmung über die Einwilligung des Verletzten nicht enthalten. Es wäre aber verfehlt, aus diesem Schweigen des Gesetzes den Schluß zu ziehen, daß der Einwilligung überhaupt keine Bedeutung zukomme. Es ist herrschende Ansicht, daß der allgemeine Teil keine vollständige Aufzählung sämtlicher Rechtfertigungsgründe geben will.

Aber auch der besondere Teil erwähnt die Einwilligung des Verletzten in dem uns interessierenden Abschnitt über die Körperverletzung nicht. Dagegen finden wir unter den Delikten „wider die öffentliche Ordnung" in § 142 StGB. eine Bestimmung, die die Wirksamkeit der Einwilligung bei einer Körperverletzung behandelt, also zu unserem Problem in Beziehung steht. Betrachtet man ferner die Wesensverwandtschaft von Tötung und Körperverletzung, so darf man sich für berechtigt halten, die Vorschrift des § 216 StGB. zur Untersuchung unseres Problems heranzuziehen.

Dieser beiden Vorschriften hat sich auch bald die Rechtsprechung und die Wissenschaft bemächtigt, und jede Partei hat aus ihnen die Richtigkeit ihrer Meinung abzuleiten versucht. Trotz gleicher Ausgangspunkte ist aber eine Einigung keineswegs erzielt worden.

Eine Ansicht spricht der Einwilligung jede Bedeutung ab. Ihre Hauptvertreter sind: Hälschner[1]), von Liszt[2]), Oppenhoff-Delius[3]), Schütze[4]), Breithaupt[5]) und das Reichsgericht[6]).

Die Hauptgründe dieser Richtung sind folgende: Leben und Körper sind als unveräußerliche Güter der Verfügungsgewalt des Einzelnen entzogen[7]). Dieses Argument vertritt insbesondere das Reichsgericht in RGSt. 2, 442 ff., wo es wörtlich ausführt: „Aus den Motiven zu § 216 StGB. ergibt sich, daß der Gesetzgeber das Leben als ein unveräußerliches Gut

[1]) Deutsches Strafr. I 471; GS. 35, 719.
[2]) a. a. O. S. 234.
[3]) Komm. zu § 223 A. 2.
[4]) a. a. O. § 35.
[5]) a. a. O. S. 64.
[6]) in RGSt. 2, 442; 6, 61; 24, 369; 25, 375; 38, 34; 55, 188.
[7]) Hälschner a. a. O.

anerkennt, und es findet hierin die Rechtsanschauung ihre Bestätigung, daß auch die Gesundheit zu den Gütern gehöre, deren Erhaltung der Staat wegen ihres Wertes für die Gesamtheit fordere, auf die also nicht verzichtet werden könnte." Ein näheres Eingehen auf diese Ansicht erübrigt sich, da eine derartige Einteilung in veräußerliche und unveräußerliche Güter heute als überholt bezeichnet werden kann und von der Rechtslehre allgemein abgelehnt wird. Noch eine weitere Schlußfolgerung des Reichsgerichts[8]) fordert zu schärfstem Widerspruch heraus. Aus dem Schweigen des allgemeinen Teils glaubt das Reichsgericht nämlich entnehmen zu können, „daß der Einwilligung überall sonst eine rechtliche Wirksamkeit nicht beigelegt werden sollte".

Allerdings erwähnt das Gesetz in seinem 4. Abschnitt, wo man eine derartige Bestimmung suchen sollte, die Einwilligung nicht. Es ist aber nicht angängig, dieses Schweigen so zu werten, daß der Gesetzgeber die grundsätzliche Wirkungslosigkeit der Einwilligung habe aussprechen wollen. Es ist vor allem dagegen geltend zu machen, daß zahlreiche Rechtfertigungsgründe, an deren Bestehen nicht zu zweifeln ist[9]), im Gesetz keinerlei Erwähnung gefunden haben. Wie bereits vorher gesagt, will der allgemeine Teil gar keine Kodifikation sämtlicher Strafrechtsgrundsätze geben. Die Gründe, die die Strafbarkeit ausschließen, sind im allgemeinen Teil nicht erschöpfend aufgezählt. Durch seine allzu sehr am Buchstaben haftende Auslegung hat sich das Reichsgericht seiner Aufgabe als berufenster Interpret des Gesetzes nicht würdig gezeigt. Trotz aller Anfeindungen hat es seinen Standpunkt bis in die neuere Zeit aufrechterhalten und ist einer allgemeinen Erörterung aus dem Wege gegangen. Hier sind die Vorwürfe von Nagler[10]), die er dem Reichsgericht bei anderer Gelegenheit macht, voll am Platze: „Was am schmerzlichsten (bei dem Beschluß der Vereinigten Strafsenate vom 15. Mai 1926) berührt, und was dem Ansehen des höchsten Gerichtshofes, der mit diesem Erkenntnis weit über den Kreis der Juristen hinaus einen schweren Prestigeverlust erlitten hat, den härtesten Stoß versetzt, ist das krampfhafte Kleben an der Wortexegese."

Andererseits vermißt man wieder bei dem Reichsgericht eine konsequente Durchführung seines Prinzips. Während in den Entscheidungen RGSt. 24, 369; 28, 213 die Frage offen gelassen wird, ob das Delikt der Körperverletzung schlechthin oder wenigstens das der leichten Körperverletzung aufgehoben wird, stellt es im RGSt. 25, 375; 38, 34 bei der Frage der Recht-

[8]) RGSt. 2, 442.
[9]) z. B. das Züchtigungsrecht.
[10]) GS. 94, 75.

mäßigkeit der ärztlichen Operation in entscheidender Weise auf die Einwilligung des Patienten in die Operation ab.

Nach der Ansicht des Reichsgerichts erfüllt ja eine vom Arzt zu Heilzwecken vorgenommene Operation den objektiven Tatbestand einer Körperverletzung im Sinne der §§ 223 ff. Auf diese m. E. unhaltbare und in der Literatur vielfach behandelte Frage ist hier nicht näher einzugehen. Jedenfalls sieht das Reichsgericht bei der mit Einwilligung des Patienten ausgeführten Operation den Rechtsgrund für die Straflosigkeit des Arztes „einzig und allein in der Tatsache der Einwilligung“[11]).

Die „längst fällige Korrektur seiner Einwilligungslehre, die praktisch und theoretisch längst überholt“[12]) war, hat das Reichsgericht erst in neuester Zeit vorgenommen. Eine Stellungnahme zu dieser neuen Ansicht soll, da sie unser Hauptproblem berührt, erst im 2. Abschnitt der Arbeit erfolgen.

Von anderer Seite[13]) wird noch gegen die Wirksamkeit der Einwilligung bei der Körperverletzung geltend gemacht, daß die Verstümmelung im Vergleich zur Tötung als das schwerere Delikt anzusprechen sei. Infolgedessen rechtfertige sich auch eine strengere Bestrafung. Da selbst bei der Tötung die Einwilligung nicht den Ausschluß der Rechtswidrigkeit zur Folge habe, dürfe ihr diese Wirkung bei der Verstümmelung erst recht nicht zukommen. Wenn auch zugegeben werden mag, daß die Verstümmelung in einzelnen Fällen unsittlicher als eine Tötung erscheinen kann[14]), so kann man doch aus diesen Ausnahmefällen nicht die Regel ableiten, daß die Körperintegrität gegenüber dem Leben das höhere Recht darstellt.

Ebenso unzulässig ist es, wenn man aus dem Mangel einer etwa dem § 216 StGB. nachgebildeten Vorschrift bei der Körperverletzung schließen wollte[15]), das Gesetz habe der Einwilligung bei dieser überhaupt keine Bedeutung beilegen wollen. Einem derartigen Schluß fehlt es an der inneren Berechtigung[16]).

Zusammenfassend kann man also sagen, daß die die Wirksamkeit der Einwilligung verneinende Lehre keine Stütze im Gesetz findet, ganz abgesehen davon, daß sie in ihrer letzten Konsequenz zu unbilligen Ergebnissen führt. Ganz alltägliche Erscheinungen des Lebens, wie z. B. Schläge bei einem Boxkampf, Theaterohrfeigen usw., müßten nach dieser Ansicht als Körperverletzungen bestraft werden.

---

[11]) RGSt. 25, 387.
[12]) Nagler, GS. 94, 80 Anm. 1.
[13]) Liszt a. a. O. S. 324; Breithaupt S. 60 ff.
[14]) Kiehl S. 362.
[15]) So RGSt. 6, 63.
[16]) Kiehl S. 362.

II.

Aus dem Empfinden heraus, daß die verneinende Lehre den Bedürfnissen des praktischen Lebens nicht gerecht zu werden vermag, hat sich eine Mittelmeinung herausgebildet, die durch eine Unterscheidung der Art der Körperverletzungen die schlimmsten Folgen zu beseitigen sucht. Als Vertreter dieser Hinsicht sind u. a. zu nennen: Frank[17]), Holer[18]), Pfersdorff[19]), Wachenfeld[20]), Graf zu Dohna[21]).

Das Hauptargument dieser Richtung bildet, daß nur die Verfolgung der leichten Körperverletzung von der Stellung eines Strafantrages abhängig gemacht worden sei. Dadurch sei zum Ausdruck gebracht, daß das Gesetz nur in diesen Fällen dem Willen des Verletzten Rechnung tragen und nur seine Privatinteressen schützen wolle[22]). Deshalb soll auch nur bei diesen so gekennzeichneten Delikten die Einwilligung eine Bedeutung erlangen können. Dieser Meinung schließt sich auch Honig[23]) an, obwohl er die Wesensverschiedenheit von Einwilligung und Antragsrecht nicht verkennt. M. E. ist, um Honigs Worte zu gebrauchen, durch die Gewährung des Antragsrechts die Anerkennung der Privatwillkür nur hinsichtlich der Strafverfolgung zum Ausdruck gebracht. Man kann aus dieser Gewährung nicht den unbedingten Schluß ableiten, daß der Wille des Verletzten in denselben Grenzen für die Rechtswidrigkeit bestimmend sein soll. Der Antrag betrifft nur die prozessuale Verfolgbarkeit und kann infolge seiner prozeßrechtlichen Natur eine materiell-rechtliche Bedeutung nicht erlangen[24]). Ganz abgesehen davon, wäre man gezwungen, wenn man der auch auf dieser Erwägung beruhenden Unterscheidung Holers[25]) „in bedingte und unbedingte Rechtsgüter" folgt, ein und dasselbe Rechtsgut teils als „bedingtes", teils als „unbedingtes" anzusehen[26]).

Es wäre „unrichtig, daraus, daß manche Verletzungen nur auf Antrag des Verletzten verfolgbar sind, zu schließen, die Wirksamkeit der Einwilligung könne über das Antragsrecht nicht hinausreichen"[27]).

---

[17]) Vorb. III z. 4. Abschn.
[18]) a. a. O. S. 81.
[19]) a. a. O. S. 35.
[20]) a. a. O. S. 132.
[21]) a. a. O. S. 147/149.
[22]) Frank S. 132.
[23]) Honig S. 125.
[24]) Kessler S. 102; Kiehl S. 386.
[25]) Holer S. 102.
[26]) Bühring S. 28.
[27]) M. E. Mayer S. 291.

Schließlich sei noch kurz auf die unerfreulichen Ergebnisse hingewiesen, die diese Mittelmeinung zeitigen würde. Bei einer Körperverletzung nach § 223a StGB., der kein Antragsdelikt ist, würde die Einwilligung ohne Bedeutung sein. Man vergegenwärtige sich: eine recht erhebliche Verletzung — wie z. B. ein Knochenbruch — würde bei vorliegender Einwilligung straflos bleiben, während jede noch so leichte mit einem Messer zugefügte Hautverletzung — da nach § 223a StGB. strafbar — bestraft werden müßte. Wie wir sehen, auch hier ein Ergebnis, das den Bedürfnissen des praktischen Lebens widerspricht.

III.

Wir kommen nunmehr zu der positiven Ansicht, die die weitaus meisten Vertreter in der Wissenschaft gefunden hat und heute als die herrschende zu bezeichnen ist[28]). Es wird hier die Behauptung aufgestellt, daß in allen Fällen der Einwilligung in eine Körperverletzung die Rechtswidrigkeit der Handlung ausgeschlossen wird. Auch hier sollen nur die hauptsächlichsten Gründe der Lehre angeführt werden. So folgert Kessler: Durch die Bestimmungen über die Körperverletzung werde nur das Interesse des unmittelbar beteiligten Individuums geschützt, dessen Einwilligung also die Aufhebung der Rechtswidrigkeit der verletzenden Handlung zur Folge habe. Dies läßt nach seiner Meinung schon der Wortlaut des Gesetzes erkennen, da es sich nur um die Verletzung „eines andren" handle. Daraus folge, daß die Selbstverletzung straflos sei. Sollten andere Interessen als die des Einzelnen geschützt werden, dann hätte der Gesetzgeber auch die Selbstverletzung unter Strafe stellen müssen.

Diese Ansicht ist nicht unwidersprochen geblieben. So wendet sich Nagler[29]) gegen Kesslers Schluß von der Selbstverletzung auf die Einwilligung mit der Bemerkung: „Die zusammengekoppelten Fragen gehören ganz verschiedenen Sphären an und es ist schlechterdings unzulässig, von dem rechtlich Indifferenten auf das rechtlich Bewertete zu schließen." Auch Wachenfeld[30]) lehnt die Argumentation Kesslers unter Hinweis auf den Wortlaut des § 211 StGB. ab: „Da beim Mord nicht besonders hervorgehoben ist, daß die Tötung einen anderen Menschen betreffen müsse, so würde entweder der Selbstmord strafbar sein, eine Konsequenz, die niemand zu-

[28]) Allfeld S. 345; Binding, Handbuch S. 724; Lehrbuch Teil 1 Bd. I S. 45; Hartwig a. a. O.; Kessler S. 72 ff.; Koehler S. 405 ff.; M. E. Mayer S. 288 ff u. a.
[29]) a. a. O. S. 291.
[30]) a. a. O. S. 316.

geben wird, oder es müßte die Verfügung über das eigene Leben schlechthin erlaubt sein." Man wird aber doch der Schlußfolgerung Kesslers eine gewisse Bedeutung nicht aberkennen können, besonders wenn man in diesem Zusammenhang die Bestimmung des § 142 StGB. betrachtet. Da der Gesetzgeber durch diese Vorschrift staatliche Interessen, nämlich das Interesse an der Erhaltung der Wehrkraft, schützen wollte, hat er die Einwilligung[31]) für bedeutungslos erklärt und die Selbstverletzung unter Strafe gestellt. Sollten also auch durch die Bestimmungen über die Körperverletzung andere als Einzelinteressen geschützt werden, so hätte der Gesetzgeber dies durch eine positive Vorschrift — die nicht gerade in der Strafbarkeit der Selbstverletzung zu bestehen brauchte — deutlich machen können und wohl auch gemacht.

Aber selbst wenn man alle diese Gründe als nicht beweiskräftig ansehen wollte, die positive Ansicht hat es gar nicht nötig, bei der Fülle von Material, das für sie spricht, sich auf dieses einzige Argument festzulegen.

Schon aus der Bestimmung des § 142 StGB. kann man einen weiteren Beweis entnehmen. Welches Mißverhältnis würde zwischen § 142 StGB. und §§ 223 ff. StGB. bestehen, wenn man der Einwilligung bei der Körperverletzung jede Bedeutung absprechen wollte! Wer einen anderen auf dessen Verlangen zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht, kann dies meist nur durch Zufügung einer schweren Körperverletzung, etwa Abhacken des Daumens, erreichen[32]).

Der Erfolg wäre eine Bestrafung mit Gefängnis von 1—5 Jahren. Läge eine solche staatsfeindliche Absicht nicht vor, so müßte trotz Einwilligung gemäß § 225 StGB. auf eine Zuchthausstrafe von 2—10 Jahren erkannt werden. Hiernach würde „das Plus des Tatbestandes in § 142 statt zu einer Qualifizierung zu einer Privilegierung im weitesten Sinne führen"[33]).

Es sei ferner noch auf ein weiteres Argument Bindings[34]) hingewiesen, das um so mehr Bedeutung gewinnt, als dieser de lege ferenda durchaus nicht für Straflosigkeit jeder Körperverletzung eintritt. Er sagt wörtlich: „Hat das ernstliche Verlangen des Todes die Kraft, die Todesstrafe und die Maximalstrafe des Totschlages von 15 Jahren auf eine Maximalstrafe von 5 Jahren Gefängnis abzuschwächen, so muß dasselbe bei der Körperverletzung eine entsprechend gesteigerte Wirkung aussprechen."

---

[31]) Diese ist nach h. A. hier dem Verlangen gleichzusetzen; s. Olshausen zu § 142.
[32]) Binding, Lehrbuch I S. 45 Anm. 2; Kessler S. 75.
[33]) Gerland a. a. O. S. 500.
[34]) Handbuch S. 722.

Zum Schluß sei noch auf die Widersprüche hingewiesen, die sich bei Nichtberücksichtigung der Einwilligung aus einem Vergleich der Bestimmungen des § 216 StGB. und § 225 StGB. ergeben würden. Der Versuch der Tötung nach § 216 StGB., der zu einer Körperverletzung geführt hat, wäre härter zu bestrafen wie die Tötung selbst[35]). Zu diesem unerfreulichen Ergebnis gelangt das Reichsgericht[36]), da es die bei Ausführung des Versuches aus § 216 StGB. verübten Körperverletzungen als solche bestraft. Man kann hier nur Gerland zustimmen, daß sich eine „völlige Inkonsequenz" im Gesetz ergeben würde, falls die Einwilligung bei der Körperverletzung keine Rechtsbedeutung haben würde.

Mit disen Ausführungen glaube ich nachgewiesen zu haben, daß man vom Standpunkt des geltenden Rechts die Wirksamkeit der Einwilligung in jede Körperverletzung anerkennen muß. Ob dieses Prinzip nun einer Einschränkung für den Fall bedarf, daß die Einwilligung sich als ein Verstoß gegen die guten Sitten darstellt, soll im folgenden Abschnitt nachgeprüft werden.

---

[35]) Gerland S. 500.
[36]) RGSt. 28, 204.

2. Abschnitt.

Macht ein Verstoß gegen die guten Sitten die Einwilligung des Verletzten in eine Körperverletzung unwirksam?

Die Erkenntnis, daß Bejahung der Wirksamkeit der Einwilligung des Verletzten bei der Körperverletzung eine Reihe von Fällen offen läßt, in denen eine Entscheidung nach diesem Prinzip unser Rechtsgefühl verletzt, hat Veranlassung gegeben, zu diesem Problem näher Stellung zu nehmen.

„Wer den Satz volenti non fit iniuria unbedingt vertritt, entbindet eben den Täter von jedweder Prüfungspflicht und läßt seine Straflosigkeit selbst in solchen Fällen annehmen, in denen das jedem Rechtsgefühl widersprechen müßte[1])."

Gemeint sind hier die Fälle, in denen die Einwilligung „als unsittlich wider das allgemeine Rechtsbewußtsein"[2]) verstoßen würde, also etwa, daß jemand sich eine Verletzung beibringen läßt, um einen Betriebsunfall vorzutäuschen und eine Rente zu erhalten, oder daß die Einwilligung in eine Körperverletzung zu Unzuchtszwecken gegeben wird. Dieselben Gedankengänge sind es auch, die Honig[3]), allerdings de lege ferenda, zur Aufstellung folgender Forderung veranlassen: „Bei der Körperverletzung (und der hier nicht zu behandelnden Freiheitsberaubung) ist die Einwilligung dann unwirksam, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt."

Von einer anderen Seite nimmt Traeger[4]) das Problem in Angriff, indem er das Hauptgewicht auf den mit der Einwilligung verfolgten Zweck legt[5]). „Der sittlich nicht verwerfliche Zweck bewirkt, daß die dem Zweck entsprechende Körperverletzung, in die der Verletzte eingewilligt hat, nicht als eine den guten Sitten widerstreitende anzusehen ist, und damit entfällt jedes Interesse der Allgemeinheit, die mit Zustimmung des Verletzten geschehene Körperverletzung als rechtswidrige zu behandeln und zu bestrafen."

Schließlich gelangt Zitelmann[6]) auf Grund seiner Rechtsgeschäftstheorie unter Anwendung der Bestimmung des § 138 BGB. zur Unwirksamkeit der gegen die guten Sitten verstoßenden Einwilligung, während das Reichsgericht[7]) folgert:

---

[1]) Kiehl S. 374.
[2]) Kiehl S. 376.
[3]) Honig S. 138.
[4]) Traeger S. 122 ff.
[5]) Traeger S. 123.
[6]) a. a. O.
[7]) RG. i. JW. 1928, 2229 ff. und JW. 1929, 1016.

eine Einwilligung, die gegen die guten Sitten verstößt, ist rechtlich wirkungslos.

Wir sehen also, es sind mannigfache Bestrebungen im Gange, dem bisher nur im Zivilrecht verwendeten Begriff der „guten Sitten" auch im Strafrecht Geltung zu verschaffen.

I.

Die Rechtsgeschäftstheorie Zitelmanns.

Am einfachsten würde sich zweifellos die Frage nach der Wirksamkeit der Einwilligung bei einem Sittenverstoß auf der Grundlage der Theorie von Zitelmann beantworten lassen.

Nach Zitelmann ist jede Einwilligung als Rechtsgeschäft aufzufassen[8]). Er geht von dem Gesichtspunkt aus, daß „die Voraussetzungen, unter denen, und die Grenzen, in denen die Einwilligung wirkt, sich bei dem Fehlen genauer gesetzlicher Bestimmungen nur aus einer Erkenntnis über ihre juristische Natur gewinnen lassen". Als positiv-rechtlicher Grundsatz, der für seine Betrachtungsweise paßt, stellt sich nun für ihn der Grundsatz über die Rechtsgeschäfte dar. Er führt aus, daß die Einwilligung dem Gegner eine Befugnis zum Handeln gewähre, also ein Recht — Zitelmann[9]) nennt es ein Ermächtigungsrecht — zum Handeln erteile. Die Vornahme der verletzenden Handlung könne also, da der Täter in Ausübung eines ihm zustehenden Rechts handle, nicht mehr rechtswidrig sein. Die logische Folge dieser Ansicht Zitelmanns ist, daß die Einwilligung allen vom Zivilrecht für Rechtsgeschäfte aufgestellten Erfordernissen genügen muß, wenn sie strafrechtlich relevant sein soll. Verstößt also das zwischen dem Einwilligenden und dem Täter abgeschlossene Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten, so ist es gemäß § 138 BGB. nichtig und verliert die Fähigkeit, die Rechtswidrigkeit auszuschließen. Dieser Auffassung kann man aber nicht beipflichten. Bedenklich muß es erscheinen, wenn man zur Beantwortung einer strafrechtlichen Frage zivilrechtliche Grundsätze heranziehen will, und zwar hauptsächlich aus dem Grunde, weil der Gesetzgeber es aus irgendwelchen Gründen unterlassen hat, diese Frage im Strafrecht zu regeln. Die strafrechtliche Einwilligung ist ein Begriff des Strafrechts, also des öffentlichen Rechts. Schon der Unterschied der Tendenzen, die Privatrecht und Öffentliches Recht verfolgen, müßte die von Zitelmann vorgeschlagene Behandlung der Frage als unzulässig erscheinen lassen.

---

[8]) S. 53.
[9]) S. 55/56.

Seine Theorie vermag aber auch anderen Erwägungen nicht standzuhalten. Der Begriff des Rechtsgeschäfts verlangt den Eintritt einer Änderung in der Rechtswelt, die Einwilligung müßte also als Rechtsgeschäft unmittelbare Rechtswirkung zur Folge haben. Zitelmann glaubt diese Veränderung der Rechtslage bereits darin erblicken zu können, daß der Einwilligungsempfänger ein Recht die Handlung vorzunehmen erhält. Diese Auffassung kann man keineswegs teilen. Die strafrechtliche Einwilligung für sich ruft noch gar keine Rechtswirkung hervor, sie erlangt vielmehr eine Bedeutung erst dann, wenn der Täter die verletzende Handlung vornimmt. Die Rechtsfolge ist also abhängig von einem Moment, auf das der Einwilligende keinen Einfluß hat, nämlich von der Vornahme der Handlung durch einen Dritten. Dies betont auch Mannheimer[10]) mit den Worten: „Wenn ich die Einwilligung gebe zu einer Rechtsverletzung, so ist mit der Abgabe der Einwilligungserklärung allein noch nichts in dem Bestand der Rechtsgüter geändert, also kann sich diese Einwilligung nicht als Verfügung darstellen."

Es fehlt also an einem wesentlichen Erfordernis des Rechtsgeschäfts, nämlich an der Eigenschaft, Rechte zu begründen, zu verändern oder aufzuheben. Dies bringt Oelze[11]) treffend zum Ausdruck: „Es handelt sich im Strafrecht nicht um die rechtliche Beziehung von Individuum zu Individuum, nicht um Rechte, denen als logisches Korrelat eine Pflicht entspräche, sondern um einseitig den Individuen auferlegte Pflichten, durch die ein Rechtsgüterschutz bewirkt wird."

Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal zwischen der strafrechtlichen und der zivilrechtlichen Einwilligung besteht darin, daß jener der dem Privatrecht eigentümliche Charakter der Bindung fehlt. Nach der h. A. kann kein Zweifel daran bestehen, daß die Einwilligung frei widerruflich ist[12]). Dieses Argument führt auch schon Klee[13]) der Lehre Zitelmanns gegenüber ins Treffen: „Der strafrechtlichen Einwilligung fehle das dem Vertrage eigene Zukunftselement, kraft dessen auf Grund einer gegenwärtigen Einwilligung in der Zukunft vorgenommene Willensbejahungen trotz erfolgten Widerrufs der stillschweigend erteilten Einwilligung den Charakter unerlaubter Willensverneinung verlören." Von einer Erzwingbarkeit des Zitelmann vorschwebenden „Rechts" könnte überhaupt keine Rede sein. Besonders veranschaulicht dies ein von Traeger[14]) angeführtes Beispiel: „Der Mieter (der sich

[10]) a. a. O. S. 21.
[11]) 26/7.
[12]) Traeger S. 137; Honig S. 176.
[13]) Goltd. A. Bd. 48 S. 198.
[14]) Traeger S. 138.

nicht im Besitz der Wohnung befindet) hat zwar ein Recht auf Besitznahme, aber er darf dieses Recht nicht gegen den Willen des Vermieters eigenmächtig durchsetzen. Das würde Gewaltanwendung gegen seinen Schuldner bedeuten, die nur in den Notfällen des § 229 BGB. zulässig ist."

Ganz besonders klar wird aber die Unhaltbarkeit der Rechtsgeschäftstheorie, wenn man sie auf den uns interessierenden Fall der Körperverletzung anwendet. Hier müßte nämlich der Täter ein Recht zum Eingriff in den Körper erhalten. Dies ist schlechterdings undenkbar, denn ein solches Recht ist begrifflich gar nicht möglich. Voraussetzung dafür würde doch mindestens sein, daß dem Einwilligenden ein solches „Recht auf den Körper" zusteht, denn nur dann könnte er auch ein solches übertragen. Der Körper des Menschen ist aber keine Sache, sondern ein Teil des Rechtssubjekts. „Zu diesen höchstpersönlichen Lebensgütern (nämlich Leben, Körper und Gesundheit) steht der Einzelne selbst nicht in einem Verhältnis, das ihn zum Rechtssubjekt und jene zu Rechtsobjekten macht[15])." Die Richtigkeit dieser Ansicht bestätigt auch das Reichsgericht[16]): „Der Mensch steht zu seinem Körper in keinem Rechtsverhältnis. Die körperliche Unversehrtheit gehört zu den sogenannten Rechtsgütern, die zwar Dritten gegenüber Rechtsschutz genießen, selbst aber nicht Gegenstand eines Rechtes ihres Trägers sind. Deshalb können die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die besonderen Gründe, aus denen im Einzelfalle die Handlungsfähigkeit .... ausgeschlossen .... sein kann .... keine Anwendung finden." Mit dem letzten Satz weist das Reichsgericht zugleich noch ein anderes Ergebnis der Rechtsgeschäftstheorie zurück, nämlich, daß nur ein Volljähriger rechtserheblich einwilligen könne. Allerdings will es so scheinen, als ob das Reichsgericht die Rechtsgeschäftstheorie nur für den Fall ablehnen will, daß es sich um die sogenannten „Lebensgüter" im Sinne Bührings handelt. Ob man die rechtsgeschäftliche Natur der Einwilligung etwa dort annehmen kann, wo es sich im Strafrecht um den Schutz von Rechtsgütern handelt, welche — wie z.B. das Vermögen, Eigentum — der freien rechtsgeschäftlichen Verfügungsmacht des Inhabers unterliegen, bedarf im Rahmen dieses Themas keiner näheren Untersuchung. M. E. müßte man auf Grund der obigen Ausführungen zu einer völligen Ablehnung der Lehre Zitelmanns gelangen, so auch Creifelds S. 46 ff.; a. A. ist z. B. Frank[17]), der die Rechtsgeschäftstheorie dann für anwendbar hält,

[15]) Bühring S. 30.
[16]) RGSt. 41, 395.
[17]) Seite 133.

„wenn das verletzte oder gefährdete Interesse (Rechtsgut) Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs ist“[18]).

Selbst wenn auch die Einwilligung die Form eines Rechtsgeschäfts scheinbar annimmt, etwa „wenn der Einwilligende einen Vertrag über die Vornahme einer Operation abschließt, muß man diesseits jedoch zwischen dem Gegenstande des Vertrages und dem der Einwilligung unterscheiden“[19]). Die strafrechtliche Einwilligung ist auch in diesen Fällen etwas von dem Rechtsgeschäft Abzutrennendes, etwas neben dem Rechtsgeschäft Vorhandenes. Eine Anwendung der in § 138 BGB. enthaltenen Bestimmung auf die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht ist also als unzulässig anzusehen.

II.

Die Ansicht des Reichsgerichts.

Das Reichsgericht hat, wie bereits oben näher dargelegt, in langjähriger Rechtsprechung an seiner Lehre von der völligen Wirkungslosigkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung festgehalten. Trotz scharfer und berechtigter Angriffe ist das Reichsgericht einer Erörterung dieser so wichtigen Frage nach Möglichkeit aus dem Wege gegangen und hat auf seinen Standpunkt verwiesen, der in zwei alten Entscheidungen aus den Jahren 1880 und 1882 niedergelegt ist[20]).

Eine Wandlung dieser Rechtsprechung schien erstmalig in RGSt. Bd. 55 S. 188 eingetreten zu sein, wo gesagt wird: „Die Einwilligung in die Körperverletzung beseitigt nicht schlechthin die Rechtswidrigkeit.“ Daraus kann man aber nur soviel erkennen, daß Ausnahmen zugelassen werden sollen. In welchen Grenzen sich diese Ausnahmen halten, ist leider nicht zum Ausdruck gebracht worden.

Erst in neuerer Zeit — nämlich in dem Urteil des 1. Strafsenats vom 3. Januar 1928[21]) — hat das Reichsgericht Veranlassung genommen, ein Merkmal festzulegen, nach dem die Frage der Wirksamkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung beurteilt werden soll. Es handelt sich in diesem Urteil um Körperverletzungen an Mädchen, teils sadistischer, teils masochistischer Art. Wegen der besonderen Bedeutung dieser Entscheidung für die hier zu erörternde Frage sei der wesentliche Abschnitt im Wortlaut des Urteils angeführt: „Die

[18]) Ebenso Kiehl S. 384.
[19]) Kiehl S. 383.
[20]) RGSt. 2, 442 ff.; 6, 61 ff.
[21]) angef. i. JW. 1928, 2229 ff.

Revision meint, die Rechtswidrigkeit fehle hier infolge Einwilligung der betroffenen Mädchen. Dem kann nicht beigetreten werden. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat bisher der Einwilligung auch eines Urteilsfähigen in eine Verletzung seiner körperlichen Unversehrtheit jedenfalls nicht schlechthin die Wirkung zugesprochen, daß sie die Rechtswidrigkeit aufhebt; vgl. vielmehr RG. 2, 442, 661, 55, 188, 189; auch RG. 41, 392, 395, 60, 34. Auf keinen Fall aber ist es rechtsirrig, wenn die Strafkammer unter den hier gegebenen tatsächlichen Verhältnissen zu der rechtlichen Folgerung kam, daß in keinem der sechs Fälle die Einwilligung die Rechtswidrigkeit der körperlichen Eingriffe aufgehoben hat. Die Strafkammer betont vielmehr durchaus richtig, daß hier die Körperverletzungen nur zu Unzuchtszwecken erfolgten, etwaige Einwilligungen in sie deshalb gegen die guten Sitten verstießen und rechtlich wirkungslos seien. Denn eine Einwilligung kann strafrechtlich nur dann von Bedeutung sein, wenn sie einem auch vom Strafrecht anerkannten Willen entspringt. Ein Wille aber, dessen Betätigung gegen die guten Sitten verstößt, wird vom Rechte nicht anerkannt." Auf denselben Standpunkt hat sich das Reichsgericht auch in einer Entscheidung vom 12. Oktober 1928 gestellt[22]): „Eine Einwilligung des Verletzten in die ihm zugefügte Mißhandlung wäre, soweit ihr überhaupt eine rechtliche Bedeutung beizumessen ist, jedenfalls im vorliegenden Falle deshalb rechtlich ohne Wirkung, weil sie zu Unzuchtszwecken erfolgte." Ferner hat noch das Bayrische Oberste Landesgericht in einer Entscheidung vom 4. Dezember 1928[23]) diese Auffassung des Reichsgerichts übernommen. „Die Einwilligung könne strafrechtlich nur dann von Bedeutung sein, wenn sie einem auch vom Strafrecht anerkannten Willen entspreche. Ein Wille aber, dessen Betätigung gegen die guten Sitten verstößt, werde vom Rechte nicht anerkannt." Daraus entnimmt das Gericht als „positive Rechtsmeinung des Reichsgerichts", daß die Einwilligung des Verletzten in eine Körperverletzung nur dann wirksam sei, wenn nicht die Einwilligung und damit auch die Tat selbst gegen die guten Sitten verstößt.

Zunächst kann man hier dem Reichsgericht den Vorwurf nicht ersparen, daß es Behauptungen aufgestellt hat, ohne auch nur den Versuch eines Beweises zu machen. Wenn das Bayrische Oberste Landesgericht darauf verweist, daß der von ihm verwertete Rechtsgrundsatz auch in dem letzten Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1927 Aufnahme gefunden hat, so kann man darin nur eine Begründung de lege ferenda sehen,

[22]) angef. i. JW. 1929, 1015, 20.
[23]) In JW. 1928, 1481, 30.

die als unzulässig abzulehnen ist. Es hätte einer Begründung vom Standpunkt des geltenden Strafrechts bedurft.

Bohne[24]) hält in seiner Besprechung des Urteils vom 3. Januar 1928 die Argumentation des Reichsgerichts besonders deshalb für bedenklich, weil es das Reichsgericht unternommen habe, zivilrechtliche Grundsätze auf rein strafrechtliche Fragen anzuwenden. Denselben Vorwurf glaubt Köhler[25]) dem Reichsgericht machen zu müssen, da „de lege lata der Grundsatz, daß eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung nicht gegen die guten Sitten verstoßen darf, rein zivilrechtlich sei".

Wäre das Reichsgericht tatsächlich von der Erwägung ausgegangen, daß die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht als Rechtsgeschäft aufzufassen und nach den Grundsätzen des Zivilrechts zu behandeln sei, dann würden diese Vorwürfe voll berechtigt sein und bereits allein zur Widerlegung der Stellungnahme des Reichsgerichts ausreichen. Das Reichsgericht behauptet aber schließlich nur, daß die Einwilligung einem auch vom Strafrecht anerkannten Willen entspringen müsse und ferner, daß ein Wille, der gegen die guten Sitten verstoße, vom Recht nicht anerkannt werde. Das Reichsgericht glaubt also wohl, vom Standpunkt des geltenden Strafrechts aus zu diesen Aussprüchen berechtigt zu sein. Ob mit Recht oder Unrecht, bedarf der Nachprüfung.

Bereits in einer Entscheidung im 29. Bande[26]) hat das Reichsgericht zu der Frage Stellung genommen, ob die in dem dort vorliegenden Falle erteilte Einwilligung — es handelte sich um Beleidigung eines 15jährigen Mädchens durch unzüchtige Handlungen — „als eine auf dem Gebiet des Strafrechts beachtbare Willenserklärung anzusehen ist". Hierbei ist das Reichsgericht lediglich von der Erwägung ausgegangen, daß bei einer so jungen Person die zutreffende Beurteilung und ausreichende Würdigung der gegen sie gerichteten Straftat nicht vorausgesetzt werden könne und hat daher die Wirksamkeit der Einwilligung verneint. Zu dieser Entscheidung gelangt das Reichsgericht unter Berücksichtigung strafrechtlicher Grundsätze, ohne die zweifellos vorhandene Unsittlichkeit einer derartigen Einwilligung zu erwähnen und daraus Folgen zu ziehen.

Welchen Einfluß die sogenannten Willensmängel: Irrtum, Betrug, Zwang auf die Wirksamkeit der Einwilligung haben, ist Gegenstand einer Entscheidung des Reichsgerichts im

[24]) In JW. 1928, 2229 ff.
[25]) In seiner Besprechung des Urteils in JW. 1929, 1481.
[26]) RGSt. 29, 400.

41. Bande[27]) gewesen. Danach ist „unter Absehen von den Vorschriften des bürgerlichen Rechts" zu prüfen, „ob nach den Umständen des Einzelfalles die Freiheit der Willensentschließung aufgehoben oder in einer Beachtung erfordernden Weise beeinträchtigt war. Das letztere trifft zu, wenn der Wille, als dessen Ausdruck die sich äußerlich betätigende Einwilligung erscheint, nach Lage der Verhältnisse in der Art und in dem Maße beeinträchtigt war, daß die Willensentschließung nach den Vorstellungen des täglichen Lebens nicht mehr als Ausfluß der wahren inneren Willensmeinung des von der Tat Betroffenen gelten kann." Diese Ansicht wird auch von der überwiegenden Mehrheit im Schrifttum vertreten[28]).

Aus dem Inhalt der Einwilligung ergibt sich also, daß sie ernstlich, freiwillig und nicht durch Täuschung motiviert sein, sondern der wahren inneren Willensmeinung entsprechen muß. Andernfalls liegt eine Willensübereinstimmung zwischen dem Verletzten und dem Täter gar nicht vor. Kann man nun etwa auf diesem Wege die Unwirksamkeit der Einwilligung auch bei Vorliegen eines Sittenverstoßes feststellen? Creifelds[29]) lehnt dies mit Recht ab, indem er darauf hinweist, daß im Gegensatz zu den Fällen des Betruges und der Drohung bei der Unsittlichkeit „in weitem Maße eine freie Willensbestimmung und daher auch Willensübereinstimmung zwischen den Kontrahenten besteht". Kann aber bereits festgestellt werden, daß die Einwilligung z. B. durch Täuschung motiviert ist, so bedarf es der Prüfung der Frage ihrer Wirksamkeit nicht mehr eines Eingehens auf einen etwa vorliegenden Sittenverstoß.

Wenn wir wieder zum Ausgangspunkt unserer Betrachtung zurückkehren, so erhebt sich die Frage: Ist die Wirksamkeit der Einwilligung davon abhängig, daß sie einem vom Strafrecht anerkannten Willen entspricht und wird ein Wille, dessen Betätigung gegen die guten Sitten verstößt, vom Recht nicht anerkannt? Creifelds[30]) hält beide Sätze des Reichsgerichts in dieser generellen Form für unrichtig. Er führt aus, daß das Strafgesetz in der Regel nur „von dem konträren, der Rechtsordnung zuwiderlaufenden Willen des Delinquenten" ausgeht. Ein der Rechtsordnung entsprechender Wille sei nur insoweit behandelt, als sein Vorhandensein oder Fehlen Tatbestandsmerkmal eines Deliktes ist. Einen so allgemeinen Begriff, wie er dem Reichsgericht vorschwebt, gibt es nach seiner Ansicht im Strafrecht nicht, vielmehr habe der Wille sowohl bezüglich

[27]) RGSt. 41, 396.
[28]) s. z. B. Allfeld S. 141; Traeger S. 134; Kessler S. 105.
[29]) S. 70.
[30]) S. 93.

seiner Rechtswirkungen, als auch seiner Voraussetzungen eine ganz verschiedenartige Behandlung erfahren. Hier muß allerdings zugegeben werden, daß man doch gewisse Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Willens eines Einwilligenden feststellen kann. So kommt diesem Willen nur dann eine Bedeutung zu, wenn durch die verletzende Handlung nur Interessen des Einwilligenden betroffen werden. Ferner bedarf die Einwilligung dann keiner Berücksichtigung, wenn sie durch die oben angeführten Willensmängel beeinträchtigt ist. Aber insofern wird man Creifelds zustimmen können: Ein allgemeiner Grundsatz in der Form, wie ihn das Reichsgericht aufstellt, läßt sich aus dem Strafrecht nicht ableiten.

Weit größere Bedeutung ist aber der Behauptung des Reichsgerichts beizulegen, daß ein Wille, dessen Betätigung gegen die guten Sitten verstößt, vom Recht nicht anerkannt ist. Bohne hat in seiner Besprechung des Urteils besonders gerügt, daß der Begriff der „guten Sitten" dem Zivilrecht entnommen sei und schon aus diesem Grunde im Strafrecht keine Verwendung finden dürfe. So allgemein kann man aber m. E. diese Forderung auch nicht anerkennen. Denn wenn auch die Einwilligung des Verletzten als Institut des Strafrechts grundsätzlich zivilrechtlichen Vorschriften nicht unterliegen kann, so dürfte schließlich nichts hindern, allgemeine Rechtsgrundsätze auf sie anzuwenden, selbst wenn diese ihren Niederschlag nur im Privatrecht gefunden haben. Es müßte sich also um eine Vorschrift handeln, deren Bedeutung nicht nur auf das Zivilrecht beschränkt ist, sondern die als Ausdrucksform eines auf allen Rechtsgebieten wirksamen Prinzips auch im Strafrecht die gleiche Bedeutung wie im Zivilrecht erlangt.

Derartige Schlußfolgerungen können m. E. nur für Sauer[31]) maßgebend gewesen sein, wenn er die Behauptung aufstellt: „Die besondere Hervorhebung des Verstoßes gegen die ‚guten Sitten' (bei der Einwilligung nämlich) ist überflüssig, weil nur ein Ausdruck des — einheitlichen, materiellen Rechtswidrigkeitsbegriffes." Könnte man also in dem Begriff der guten Sitten ein solches Prinzip erkennen, dann müßte man der Argumentation des Reichsgerichts folgen und die Wirksamkeit der Einwilligung bei Vorliegen eines Sittenverstoßes verneinen.

Nach Binding[32]) besteht alles Unrecht in der Normwidrigkeit. Die Verletzung der präexistenten Norm ist rechtswidrig. Gäbe es also eine Norm etwa des Inhalts, daß jedes Handeln, das gegen die guten Sitten verstößt, verboten ist, so würde eine Übertretung dieser Norm die Rechtswidrigkeit begründen,

---

[31]) a. a. O. S. 336 Anm. 3.
[32]) Normen Bd. 1 S. 135.

und zwar infolge der allgemein anerkannten Einheitlichkeit des Rechtswidrigkeitsbegriffes auf allen Rechtsgebieten. Eine derartige Unterstellung ist aber nicht möglich. Bei der weiteren Untersuchung dieser Frage sei hier die Ansicht Schötensacks[33]) vorgetragen, der man sich m. E. ganz anschließen kann. Dieser trifft folgende Unterscheidung der Rechtssätze: Die Normen und Gewährungen faßt er in der Klasse der sogenannten berechtigenden oder bejahenden Rechtssätze zusammen und vervollständigt diese Klassifikation durch zwei weitere Arten selbständiger Rechtssätze, nämlich „die billigenden und mißbilligenden Rechtssätze". Jene steigern die rechtliche Billigung nicht zu einem subjektiven Recht. Diese verdichten die rechtliche Mißbilligung nicht zu einem Verbot. Die Norm bedeutet nach seiner Ansicht nicht bloß rechtliche Mißbilligung, sondern spricht ein „weit schärferes Unwerturteil aus, nämlich die Deklaration einer Handlung als rechtswidrig". Wenn auch der Gesetzgeber gewissen Ereignissen ablehnend gegenübersteht, so veranlaßt ihn dieses Verhalten nicht immer zu einer Rechtswidrigkeitserklärung. Die Normen im Sinne Bindings sind elementare Begriffe, die eine Auflösung in Unterarten nicht mehr zulassen. Die Normen müssen daher so beschaffen sein, daß die verbotenen und gebotenen Handlungen nicht als Unterarten anderer verbotener oder gebotener Handlungen erscheinen. Die Normen dürfen nur „im Verhältnis der Koordination, nie in dem der Subordination zueinander stehen". Ein besonderes Verbot ist also nicht mehr denkbar, wenn bereits dieselbe Handlung durch eine weitergehende Norm verboten ist. Daraus ergibt sich die Unmöglichkeit, etwa aus § 826 BGB. das Verbot herauszulesen: „Du sollst nicht in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen Schaden zufügen. Denn solchem Verbot wären die Normen, welche die Tötung eines Menschen, die Aneignung fremder Sachen, verbieten, nicht koordiniert; sie würden ihm vielmehr unterfallen. Hieraus folgt, daß wer gemäß § 826 BGB. einen anderen contra bonos mores schädigt, keinen objektiven Deliktstatbestand setzt, nichts Rechtswidriges, keine schuldhafte Handlung, wohl aber rechtlich Mißbilligtes begeht." Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich auch aus einer Gegenüberstllung der §§ 134 und 138 BGB., denn wäre die Mißbilligung einer sittenwidrigen Handlung zum rechtlichen Verbot gesteigert, dann wäre die Bestimmung des § 138 BGB. nicht zu erklären; sie wäre überflüssig. Es handelt sich bei den Tatbeständen der §§ 138 und 826 BGB. eben nur um Fälle, in denen an einen Begriff, der nicht dem Recht, sondern dem Gebiet der Sittlichkeit ent-

[33]) a. a. O. S. 11 ff.

stammt, auf Grund besonderer Vorschrift Rechtswirkungen geknüpft sind. Wollte man den Verstoß gegen die guten Sitten als solchen für rechtswidrig erklären, so würde man die Sittenordnung selbst zum Bestandteil der Rechtsordnung erheben. Ein unmögliches Ergebnis[34]).

Bereits aus diesen Gründen wird man auch die zweite These des Reichsgerichts nicht billigen können, da sie eben mit dem Aufbau und den Grundsätzen unseres Rechts nicht in Einklang zu bringen ist. Der Begriff der guten Sitten ist rein ethischer Natur und kann Rechtsfolgen nur dann haben, wenn es der Gesetzgeber ausdrücklich bestimmt hat[35]). Er ist nicht als allgemeiner Rechtsgrundsatz in unserem Sinne anzuerkennen.

Schon die Betrachtung des Strafrechts zeigt uns eine Reihe von Beispielen, die mit dem vom Reichsgericht als allgemein gültig aufgestellten Prinzip in auffallendem Widerspruch stehen. Die Einwilligung eines unberührten, über 16 Jahre alten Mädchens in einen außerehelichen Geschlechtsverkehr ist fraglos unsittlich, aber strafrechtlich von außerordentlicher Bedeutung insofern, als Sittlichkeitsdelikte entfallen. Das Reichsgericht wäre aber auf Grund seiner neuen Auffassung gezwungen, in diesen Fällen wegen Körperverletzung zu bestrafen. Denn daß der Beischlaf mit einer unberührten Frau ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit ist und daher an sich den äußeren Tatbestand der Körperverletzung gemäß § 223 StGB. erfüllen kann, hat das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 4. Mai 1921[36]) festgestellt. Da die Einwilligung der Frauensperson gegen die guten Sitten verstößt, wäre also die Rechtswidrigkeit nicht ausgeschlossen. Es dürfte kaum jemand behaupten wollen, daß eine derartige Entscheidung unser Rechtsgefühl befriedigt. Hier zeigt sich besonders deutlich die Richtigkeit der Bemerkung Bohnes[37]): „Der Verstoß gegen die guten Sitten wird mithin zugunsten des gegen sie Verstoßenden verwertet: Das Strafrecht stellt sich in seinen Dienst." Das Strafrecht hat eben seiner ganzen Struktur nach nicht die Aufgabe, als Sittenrichterin tätig zu werden. Sein Zweck besteht in der Regel nicht in der Bekämpfung der Unsittlichkeit, sondern in der Bekämpfung des Rechtsbruches. Soweit der letztere mit der Sittlichkeit in Verbindung steht, hat er seinen Niederschlag im 13. Abschnitt des Strafgesetzbuches gefunden und ist hier ausschließlich und erschöpfend geregelt.

---

[34]) So Ortmann a. a. O. Sp. 327.
[35]) s. Creifelds S. 26.
[36]) In JW. 1921, 840.
[37]) In JW. 1928, 2231.

III.

Der Zweck in seiner Bedeutung für die Einwilligung.

Von einem anderen Gesichtspunkt geht Traeger[38]) aus, indem er das Zweckmoment in den Vordergrund stellt. „Der Zweck der Körperverletzung wird wesentlich mitbestimmend für die Wirksamkeit der Einwilligung. Der sittlich nicht verwerfliche Zweck bewirkt, daß die dem Zweck entsprechende Körperverletzung, in die der Verletzte eingewilligt hat, nicht als eine den guten Sitten widerstreitende anzusehen ist, und damit entfällt jedes Interesse der Allgemeinheit, die mit Zustimmung des Verletzten geschehene Körperverletzung als rechtswidrige zu behandeln und zu bestrafen[39])."

Also ein Rückfall in die sogenannte „Zwecktheorie", deren prominentester Vertreter Graf zu Dohna ist[40]). Dieser[41]) erklärt, daß eine Handlung, welche „rechtes Mittel zum rechten Zweck" sei, nicht rechtswidrige Handlung sein könne. Unzulässig an dieser Betrachtung ist schon an sich die Verwendung subjektiver Momente bei der Feststellung der Rechtswidrigkeit. „Sachverständiger" in der Würdigung seiner Handlung soll in erster Linie der Täter selbst sein. Die Frage, was rechtes Mittel zu rechtem Zweck ist, beantwortet Dohna aber überhaupt nicht. Diesen Vorwurf macht ihm auch Nagler[42]), der ausführt: „Es sind wohl immer die Mayerschen Kulturnormen oder die ebenso vage Gesellschaftswidrigkeit, die in die Bresche treten, und nach deren Deutung der Richter sich so oder so entscheiden mag. Statt der generellen und sicheren Anordnung des unparteiischen, objektiven Rechts wird die individuelle Auffassung, die kritische Eingebung der jeweiligen Richterbank über das Schicksal des Angeklagten befinden." Auch Sauer[43]) verlangt eine rein objektive Erfassung der Rechtswidrigkeit unter Ausscheidung subjektiver Elemente und erweitert diesen Standpunkt auch auf die Rechtfertigungsgründe. Die Warnung Naglers[44]) vor den unabsehbaren Konsequenzen, die eine Anwendung der Zwecktheorie zur Folge haben würden, ist nur allzu berechtigt: „Solange die Menschen nicht die gleichen Ideale haben, birgt jede Entfesselung des freien Ermessens die große Gefahr der Ungleichmäßigkeit in sich. Jeder Einzelne ist nur zu leicht geneigt, die ihm von seinem Gewissen und seinen äußeren

[38]) a. a. O. S. 122 ff.
[39]) Traeger a. a. O. S. 123.
[40]) a. a. O.
[41]) a. a. O. S. 48 ff.
[42]) a. a. O. S. 354.
[43]) a. a. O. S. 345.
[44]) a. a. O. S. 356.

Erfahrungen als Musterbegriffe vorgezeichneten Zwecke als allgemeingültig zu betrachten und darum deren Verwirklichung auch von der Rechtsordnung zu erwarten." Dieser Kritik ist nichts mehr hinzuzufügen, zumal — wie bereits oben[45]) ausgeführt — ein allgemeiner Rechtssatz, daß jede Handlung, die gegen die guten Sitten verstößt, auch rechtswidrig ist, nicht existiert.

IV.

Eigene Stellungnahme.

Wir haben also feststellen müssen, daß es de lege lata nicht möglich ist, die Wirksamkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung dann zu verneinen, wenn diese gegen die guten Sitten verstößt. Ein Resultat, zu dem auch die Literatur mit fast seltener Einmütigkeit gelangt ist[46]). Will man die Einwilligung des Verletzten zu dem Begriff der guten Sitten irgendwie in Beziehung setzen, so ist man gezwungen, bei der Frage nach dem Umfang rechtswirksamer Einwilligung einen subjektiven Maßstab anzulegen, während diese Frage grundsätzlich nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen ist[47]). Nach der allein zutreffenden, durch Auslegung des Gesetzes begründeten „positiven Meinung" wird man also der Einwilligung des Verletzten in eine Körperverletzung unbeschränkte Wirksamkeit zuerkennen müssen. Lediglich Interessen des Einzelnen sollen durch die Bestimmungen über die Körperverletzung geschützt werden, und daran muß solange festgehalten werden, bis der Gesetzgeber nicht das Gegenteil durch Ausnahmebestimmungen etwa im Sinne des § 142 StGB. dokumentiert. In dem Fall des § 142 StGB. ist, da hier sichtlich andere Interessen als die des verletzten Individuums geschützt werden sollen, die Einwilligung dieses Individuums für wirkungslos erklärt.

Gegen diese Ansicht wird natürlich auch der Vorwurf erhoben werden, daß Fälle, die dem Rechtsgefühl widersprechen, einer strafrechtlichen Beurteilung nicht unterzogen werden können. Letzte Quelle unserer Entscheidung ist aber nicht das Rechtsgefühl, welches sich infolge seiner subjektiven Bedingtheit verschieden äußert, sondern das objektive Recht. „Die mit der rechtlichen Abstraktion verbundene Ausschaltung des Gefühlsmoments wird reichlich wettgeschlagen durch die Bestimmtheit und Zuverlässigkeit der rechtlichen Ordnung[48])."

---

[45]) vgl. S. 38 ff. oben.
[46]) vgl. Bohne a. a. O.; Mezger; M. E. Mayer; Hartwig; Köhler; Creifelds.
[47]) So Mezger a. a. O. S. 172.
[48]) Nagler a. a. O. S. 356.

M. E. besteht gar nicht die Gefahr, daß sich die Bürger etwa ganz nach Willkür einer Verletzung ihrer körperlichen Integrität aussetzen. Man kann mit Genugtuung feststellen, daß derartige Fälle viel öfter in der Literatur als in der Praxis vorkommen. Der jedem Menschen eigene Egoismus ist das beste Sicherheitsventil gegen solche Auswüchse. Wenn nun aber wirklich ein Mensch sich von einem anderen die Hand oder den Fuß abschlagen läßt, um durch Vortäuschung eines Betriebsunfalles eine Rente zu erlangen, so ist der Täter wegen Beihilfe zum Betruge strafbar. Allerdings kann nach der hier vertretenen Ansicht den Täter nicht die volle Schwere der Straffolge des § 225 StGB. treffen. Wenn man sich aber überlegt, daß bei einem noch so unsittlichen ausdrücklichen Verlangen nach einer Tötung der Täter auch nur nach § 216 StGB. bestraft werden kann, erscheint diese Folge gar nicht mehr so bedenklich. Ich habe dabei den Fall vor Augen, daß ein arbeitsunfähiger Familienvater, der seine Familie nicht ernähren und die Not nicht mehr ansehen kann, zu einem Freunde das ernste und ausdrückliche Verlangen nach Tötung äußert, um den Angehörigen durch seinen Tod eine Rente zu verschaffen. Sollte man hier den Täter etwa als gemeinen Mörder bestrafen?

Daß nun aber der Verletzte die Einwilligung ohne jedes erkennbare Motiv zu einer Verletzung gegeben hat, dürfte in der Praxis kaum vorkommen. Es sei denn, daß es sich um einen Geisteskranken handelt und der Täter einem solchen Verlangen nachgibt. Diese Einwilligung kann den Täter nicht vor Strafe schützen. Ausgangspunkt für die Wirksamkeit der Einwilligung ist eben der von Willensmängeln freie Wille des Verletzten. Es kommt darauf an, ob der Einwilligende zur Zeit der Tat „die zutreffende Beurteilung und ausreichende Würdigung der gegen ihn gerichteten Handlung besitzt“[49]). Auf dieser Grundlage wird man m. A. nach auch den Fall entscheiden müssen, daß ein Kranker etwa die Abnahme des Fußes verlangt, weil er nur auf diese Weise eine Befreiung seiner Leiden für möglich hält. Ein Arzt, der trotz der Erkenntnis, daß die Heilung auch auf anderem Wege erzielt werden kann, auf die Einwilligung gestützt, die Amputation vornimmt, ist zu bestrafen. Selbst wenn alle Überzeugungsversuche erfolglos geblieben sind, darf der Arzt nicht handeln. Dem Kranken fehlt unter dem Druck irregulärer Verhältnisse die nötige Urteilsfähigkeit. Unter den obwaltenden Umständen ist die freie Willensentschließung in einer Beachtung fordernden Weise beeinträchtigt. Die Willensentschließung kann nach den Vorstellungen des täglichen Lebens nicht mehr als Aus-

[49]) RGSt. 41, 394.

fluß der wahren inneren Willensmeinung des von der Tat Betroffenen gelten. Wie weit das Gesetz auf diesem Wege selbst geht, dafür finden wir ein deutliches Beispiel in den Bestimmungen der §§ 302a ff. StGB. Der in einer wirtschaftlichen Notlage Befindliche, der Leichtsinnige und der Unerfahrene wird gegen die Folgen der eigenen Handlung gesichert. Diese Delikte unterliegen der Bestrafung, obwohl der „Verletzte" in die Handlung eingewilligt hat[50]). Schließt man sich dieser Erkenntnis an, so sind bereits viele der bedenklichen Fälle ohne weiteres erledigt. Es soll zugegeben werden, daß es noch eine Reihe gibt, die von den Gegnern dieser Ansicht ins Treffen geführt werden können. Aber alle Fälle zu vollster Zufriedenheit zu lösen, wäre eine Aufgabe, die selbst für den Gesetzgeber nur dann lösbar würde, wenn er sich in dem Fahrwasser eines ungesunden Kasuismus verlieren wollte. Denn „wo die Sittlichkeit aufhört, fängt noch längst nicht das Strafrecht an. Die strafende Themis ist keine Sittenrichterin, sie bekämpft nicht die Unsittlichkeit, sondern den Rechtsbruch, und zwar diesen selbst da, wo er nicht einmal ein Ausfluß unserer Gesinnung ist (z. B. bei fahrlässigen oder gewissen politischen Vergehen), während sie andererseits gegen manche auch gröbliche Sittenwidrigkeiten, ja sogar „Gemeinheiten" nicht einzuschreiten vermag. Das ist stets so gewesen und wird auch fernerhin so bleiben müssen"[51]).

„Nicht absolute Wahrheiten soll der Gesetzgeber finden, sondern die generellen Wahrheiten, die historisch richtig bedingten Sätze[52])."

[50]) So Hartwig a. a. O. S. 315.
[51]) Dr. Schultz „Sittlichkeit und Strafrecht" in Dt. Richterztg. 1927 S. 422.
[52]) Gerland S. 525.

3. Abschnitt.

Die Stellungnahme der Reichstagsvorlage von 1927 zu unserer Frage.

Zum Schluß soll noch kurz auf die Regelung der uns interessierenden Frage im Entwurf eingegangen werden. Die in Betracht kommende Bestimmung des § 264 lautet:

> „Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, wird nur bestraft, wenn die Tat trotzdem gegen die guten Sitten verstößt."

Bereits die Begründung[1]) läßt Zweifel offen, ob man sich über die Tragweite einer solchen Vorschrift im klaren gewesen ist. Es wird hervorgehoben, daß man die sich bei sportlicher Betätigung ergebenden Verletzungen „in einer dem Rechtsempfinden entsprechenden Weise" strafrechtlich behandeln könne. Wenn man wirklich keine anderen Fälle vor Augen gehabt hat, dann kann man verstehen, daß der Rechtsausschuß sich von der Notwendigkeit einer solchen Vorschrift nicht hat überzeugen können. Der § 264 ist daher auch aus diesen Gründen in der Sitzung vom 26. Juni 1929 in erster Lesung gestrichen worden.

Auch noch ein anderer Teil der Begründung kann nicht unwidersprochen bleiben. Es heißt nämlich wörtlich: „Willigt jemand in eine Körperverletzung ein, um von sich oder einem anderen ein schweres Unheil abzuwenden, das der Täter für den Fall der Nichteinwirkung in Aussicht stellt, so kann die Handlungsweise des Einwilligenden durchaus sittlich achtenswert sein; gleichwohl soll der Täter für die Körperverletzung bestraft werden, weil er durch Gebrauchmachen von der Erlaubnis gegen die guten Sitten verstieß[2])." Sollte hier nicht bereits eine derartige Zwangslage vorliegen, durch die der Wille des Einwilligenden als beeinträchtigt angesehen werden müßte? Nimmt man dies an, dann wäre schon aus diesen Gründen die Einwilligung rechtlich unbeachtlich.

Ferner sind in der Ausschußsitzung mit Recht Bedenken dahingehend geltend gemacht worden, daß „Herr der Frage nach diesem Paragraphen nicht mehr der Gesetzgeber, sondern der Richter sein würde. Je nach der Einstellung des Richters würde die Entscheidung verschieden sein. Man bringe also eine Ungleichheit in das Strafgesetzbuch hinein. Es ist dabei auf das Beispiel des Boxkampfes hingewiesen worden. Je

[1]) a. a. O. S. 132, 134.
[2]) a. a. O. S. 134.

nach der Auffassung, ob man den Boxkampf „als etwas Ästhetisches" ansehe oder nicht, werde die Entscheidung verschieden ausfallen. Die Unsicherheit, die durch die Einführung des Begriffes der guten Sitten in das Strafrecht getragen würde, wird noch durch folgendes besonders kraß beleuchtet. Die Sterilisierung einer Frau auf Grund eugenischer oder sozialer Indikation müßte nach § 264 behandelt werden (die Sterilisierung auf Grund medizinischer Indikation fällt bereits unter § 263). Nun hat Oberreichsanwalt Dr. Ebermayer bei den Beratungen über § 263 ausgeführt: „Die eugenische Arbeitsgemeinschaft in Elberfeld wolle Eingriffe und Behandlungen zum Zwecke der Unfruchtbarmachung von Personen unter gewissen Kautelen straffrei lassen. Man habe sich aber dahin geeinigt, daß die eugenische Indikation wissenschaftlich und erfahrungstechnisch noch nicht so weit fortgeschritten sei, daß man es wagen könne, sie gesetzestechnisch zu verwerten." Das Gesetz will diese Frage also nicht regeln, sondern es soll der „jeweiligen Richterbank" überlassen bleiben, ob die Sterilisierung als gegen die guten Sitten verstoßend bezeichnet werden muß.

Bedauerlich wäre nur, wenn mit der Streichung des § 264 auch die Frage, welche Bedeutung der Einwilligung bei der Körperverletzung zukommt, schlechthin in negativem Sinne beantwortet sein soll. Man kann nur hoffen, daß der Rechtsausschuß sich bei der zweiten Lesung eingehender mit diesem Problem befaßt und eine praktisch brauchbare Lösung findet.

Restlos begrüßenswert erscheint dafür die Regelung, die der ärztliche Eingriff durch die Bestimmung des § 263 erhalten hat: „Eingriffe und Behandlungen, die lediglich zu Heilzwecken erfolgen, der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen und nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommen werden, sind keine Körperverletzungen im Sinne dieses Gesetzes." Damit wäre endlich den berechtigten Forderungen der Ärzteschaft Rechnung getragen.

Lebenslauf.

Ich wurde am 11. Februar 1904 in Beuthen O/S. als Sohn des Sanitätsrats Dr. med. Hermann Kober und seiner Ehefrau Toni, geb. Zerkowski, geboren.

Im April 1913 trat ich nach Besuch der Volksschule in das dortige Gymnasium ein. Die Reifeprüfung bestand ich Ostern 1922 am König-Wilhelm-Gymnasium in Breslau.

Seit 1925 studierte ich an der Universität in Breslau die Rechte und bestand im November 1928 vor der Prüfungskommission des Oberlandesgerichts in Breslau die erste juristische Staatsprüfung und im Januar 1929 die mündliche Doktorprüfung.

Seit Dezember 1928 stehe ich im juristischen Vorbereitungsdienste.